

**JURIDICTION ORDINAIRE ET JURIDICTION
ADMINISTRATIVE EN DROIT BELGE**

par
Michel Pâques et Luc Donnay ¹

Lorsque l'administration est partie à un litige, convient-il de porter celui-ci devant une juridiction judiciaire ou bien devant le Conseil d'Etat ? Lors de la création du Conseil d'Etat, en 1946, le législateur voulait procurer aux administrés des garanties dont ils ne jouissaient pas. A ce moment-là, le juge judiciaire, gardien des droits subjectifs, n'avait pas encore toute la compétence qu'il reçoit aujourd'hui dans le contentieux administratif. Eclairer les rapports que l'administration entretient avec ces deux ordres juridictionnels revient immanquablement à examiner l'évolution des notions de droit subjectif et de contentieux objectif. A l'heure où la détermination de l'objet véritable du recours ne semble pas toujours exclusive, la dualité juridictionnelle offre souvent aux plaideurs un choix dont l'exercice peut se révéler délicat.

Introduction

Le constituant belge de 1831 se méfiait des Conseils d'Etat et des juridictions administratives. Il avait à l'esprit les exemples français et hollandais d'instruments du Prince et de ses ambitions autocratiques. Il préféra dès lors « constituer » un pouvoir judiciaire fort indépendant ² et placer en lui « une

¹ Michel PAQUES est Professeur ordinaire à l'Université de Liège et Doyen de la Faculté de Droit ; Luc DONNAY est Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Liège. Ce texte est la version remaniée d'un rapport présenté au colloque « La justice administrative dans les pays du Maghreb - La réception des modèles européens », organisé les 2, 3 et 4 novembre 2006, par l'Association tunisienne de droit administratif et l'Unité de recherche en droit administratif de la Faculté de Droit et des Sciences économiques et politiques de l'Université de Sousse.

² Ce n'est qu'à la toute fin du siècle dernier qu'un contrôle externe et modéré de la justice a été créé par une révision constitutionnelle. Le nouvel article 151 de la Constitution proclame l'indépendance du juge, qui ne faisait aucun doute, et, en même temps, institue le Conseil supérieur de la justice (pour davantage de précisions quant à l'articulation des

rare confiance »³. Non seulement les cours et tribunaux connaîtraient des litiges entre individus, ce qui ne surprend pas, mais ils auraient aussi la compétence de protéger les droits des citoyens contre les actes des administrations : ceux du Roi et de ses ministres, des provinces et des communes.

La création de juridictions administratives demeure toutefois possible dès 1831. La Constitution laisse en effet au législateur la faculté d'établir des « juridictions contentieuses » (art. 146) mais cantonne leurs compétences à un certain type de contentieux (art. 145). Il faut attendre une révision de 1993 pour que la Constitution contienne enfin les mots « juridictions administratives » (art. 161) et reconnaisse l'existence et les missions du Conseil d'Etat (art. 160), « juridiction contentieuse » créée par la loi en 1946.

La création du Conseil d'Etat a eu lieu à une époque où les compétences du juge judiciaire à l'égard de l'administration n'avaient pas l'étendue qu'elles ont prise aujourd'hui. Celles-ci se sont donc renforcées en même temps que se développait la jurisprudence du Conseil d'Etat dont la position institutionnelle demeure subsidiaire. Nous présenterons la dualité juridictionnelle telle qu'elle est établie par la Constitution belge (I) et l'état de la jurisprudence actuelle qui ouvre largement les portes des prétoires aux plaideurs en laissant des champs de concurrence importants entre le juge judiciaire et le Conseil d'Etat (II).

I.- Les principes de la Constitution originelle et leur développement

La Constitution se préoccupe du contrôle juridictionnel de l'administration qu'elle confie avant tout au juge ordinaire civil, juge de toutes les contestations portant sur les droits, sans égard au fait que l'administration soit en cause (A). Sans remettre en cause cette articulation fondamentale de la compétence, la création d'un Conseil d'Etat, en 1946, a permis l'éclosion d'un nouveau type de contentieux, objectif, qui devait venir compléter la protection juridictionnelle de l'administré (B).

différents pouvoirs en Belgique, voy. not. M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, n^{os} 76 à 82). La Constitution belge peut être consultée en ligne à de nombreuses adresses, notamment sur le site de la Cour d'arbitrage <http://www.arbitrage.be>

³ P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^{ème} édition, Bibliothèque internationale de droit public, Paris, 1918, n^o 165.

A.- La Constitution et l'administration avant la création du Conseil d'Etat

1.- Droits civils et droits politiques, clés de la compétence

En droit constitutionnel belge, le partage éventuel du contentieux est fonction de la nature des droits subjectifs en question. La *summa divisio* conçue par le Constituant se fait entre les droits civils et les droits politiques. Le principe, inscrit à l'article 144 de la Constitution, est que « *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux* ». On le voit, relativement aux droits civils, aucune exception n'est possible ⁴.

Quant aux droits politiques, l'article 145 de la Constitution dispose que « *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* ». Les droits politiques sont en principe jugés par les juridictions ordinaires, judiciaires, mais ils peuvent être soustraits à la connaissance de celles-ci pour autant que la loi le décide ⁵. Autrement dit, si le législateur n'intervient pas spécialement, le contentieux relatif aux droits politiques demeure dans la juridiction ordinaire.

Pendant longtemps, l'existence d'une troisième catégorie de droits subjectifs fut discutée, celle des droits administratifs qui auraient échappé aux servitudes des articles 144 et 145 au profit du pouvoir résiduel du législateur d'en organiser le contentieux. En 1956, la Cour de cassation a tranché et imposé

⁴ C.A., 30 octobre 2001, n° 133/2001, motif B.4.2 : « *En disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, l'article 144 accorde à tous une garantie qui ne peut être arbitrairement retirée à certains : s'il apparaissait qu'une catégorie de personnes est privée du droit de saisir les tribunaux à propos d'une contestation portant sur un droit civil, cette différence de traitement ne pourrait être justifiée puisqu'elle se heurterait à l'article 144 précité* ». Voy. ég. C.A., 12 juin 2002, n° 98/2002, motif B.3.2.

⁵ C.A., 30 octobre 2001, n° 133/2001, motif B.6.4 : « *Compte tenu de l'article 145 de la Constitution, le fait d'attribuer la connaissance de litiges portant sur des droits politiques à une juridiction administrative plutôt que de confier ce contentieux à une juridiction de l'ordre judiciaire ne peut constituer une violation du principe d'égalité et de non-discrimination* ». Voy. ég. C.A., 20 février 2002, n° 41/2002, motif B.12.3, J.L.M.B., 2002, p. 1164 et s., obs. G. ROSOUX : « *L'arrêt n° 41/2002 de la Cour d'arbitrage : de la notion constitutionnelle de droit politique à la notion de "droit civil" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Voy. encore C.A., 5 juin 2002, n° 94/2002, motif B.11 et C.A., 12 juin 2002, n° 98/2002, motif B.5.4.

la doctrine du tiers exclu : les droits sont soit civils, soit politiques ⁶.

Reste encore le problème de l'identification du droit politique. Elle relève aussi du législateur. La Constitution n'en dit rien et aucun contrôle de constitutionnalité de la loi n'est créé jusqu'au début des années 80 où les choses changent avec la mise en place du troisième ordre juridictionnel belge, celui de la justice constitutionnelle, confiée à la Cour d'arbitrage (art. 142) ⁷.

L'édifice est complété par l'article 146 : « Nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi. Il ne peut être créé de commissions, ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit ». On y voit bien la forme négative empruntée au mode d'énonciation des libertés franchises propre aux constitutions libérales du XIX^{ème} siècle. L'on y voit aussi et à nouveau la grande confiance témoignée au législateur ⁸. Les tribunaux extraordinaires interdits sont ceux qui seraient créés pour un cas. La disposition permet, en revanche, la création d'une juridiction contentieuse pour connaître d'une catégorie de cas.

En outre, le législateur qui recourt à la juridiction contentieuse n'est pas obligé de dessaisir complètement le juge judiciaire. Il peut créer une juridiction administrative pour

⁶ Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 430 et s., concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *R.C.J.B.*, 1957, p. 163 et s., obs. A. MAST : « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? ».

⁷ C.A., 18 mars 1997, n° 14/1997, motif B.4 : « [I]l appartient à la Cour de vérifier si c'est à juste titre que le législateur, puisqu'il a confié ce contentieux à une juridiction administrative, a considéré implicitement les droits en cause comme des droits politiques » et B.5 : « Lorsqu'une autorité étatique statue sur une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, avec les effets liés à cette décision en ce qui concerne l'admission au séjour et à l'établissement, cette autorité agit dans l'exercice d'une fonction qui se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de puissance publique de l'Etat qu'elle se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution. Il s'ensuit qu'une contestation portant sur la qualité de réfugié est une contestation portant sur un droit politique ». Sur cet arrêt, voy. B. BLERO, « Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution », *A.P.T.*, 1997, pp. 233 à 279. Voy. ég. C.A., 12 février 2003, n° 23/2003.

⁸ Depuis la réforme de l'Etat, la Constitution réserve à la loi fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives et de définir leurs attributions. En conséquence, les législateurs des Communautés et des Régions ne peuvent créer des juridictions administratives que dans une mesure très limitée, en recourant à leurs compétences implicites, pour empiéter sur une matière que la Constitution réserve à la loi fédérale (sur cette question, voy. C.A., 8 mai 2002, n° 85/2002 et C.A., 30 avril 2003, n° 49/2003).

la première instance et faire rentrer le contentieux dans l'ordre judiciaire en degré d'appel ⁹ ou de cassation ¹⁰. Il peut bien entendu être plus radical : le contentieux ne portant pas sur les droits civils peut être soustrait aux cours et tribunaux judiciaires. Ces options peuvent d'ailleurs évoluer au fil du temps. Par exemple, le contentieux de première instance en matière d'impôts sur les revenus, fut longtemps confié à des juridictions administratives constituées au sein du ministère des finances, avec les problèmes d'indépendance organique que l'on devine ¹¹, avant d'être réorganisé et attribué à la juridiction ordinaire de premier degré, soit le tribunal de première instance (art. 569, 32°, du Code judiciaire).

Le législateur a donc le choix : il peut décider de laisser la connaissance des contestations relatives à ces droits politiques à la juridiction ordinaire, ce qui dispense d'ailleurs de leur identification - l'existence d'un droit suffit - ou, au contraire, il peut choisir de créer une juridiction non judiciaire pour en connaître. Dans ce contexte, la juridiction administrative n'est donc pas la juridiction ordinaire de l'administration. Le partage des attributions entre les ordres juridictionnels n'est pas fondé sur la qualité administrative ou privée d'une ou des parties. Le partage du contentieux dépend de la nature des droits en cause, civils ou politiques, et des choix du législateur.

2.- Importance des droits civils et des contentieux administratifs confiés au juge judiciaire

Les interprétations reçues ont conçu le droit civil de manière fort large. Elles ont pour effet que, dans de nombreux cas, les contestations entre administration et administré ont pour objet un droit civil qui ressortit alors « par nature » et exclusivement aux cours et tribunaux. En voici quelques exemples. Les contestations relatives à l'interprétation, l'exécution ou la dissolution des contrats ou marchés entre l'administration et les administrés sont relatives à des droits

⁹ Ainsi, l'article 28 de la loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence organise devant la Cour d'appel de Bruxelles une voie d'appel à l'encontre de certaines décisions prises par le Conseil de la concurrence statuant en tant que juridiction administrative.

¹⁰ Par exemple, la Cour des comptes exerce, parmi d'autres missions, un contrôle juridictionnel sur les comptables publics. Dans l'exercice de cette mission, le Cour des comptes agit donc en tant que juridiction administrative et la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes en règle la procédure. L'article 13bis de cette loi organique prévoit que les arrêts de la Cour des comptes peuvent être déférés à la Cour de cassation par toute partie pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

¹¹ C.A., 10 juin 1998, n° 67/98.

civils¹². Le droit aux termes échus du traitement d'un fonctionnaire sous statut est également à ranger dans la catégorie des droits civils du bénéficiaire¹³. La solution est identique dès que sont en jeu les modalités d'exécution du contrat de travail¹⁴.

Plus fondamental encore, l'essentiel du contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics met en jeu des droits civils. En 1920, la Cour de cassation prononce, dans une toute petite affaire, un des plus importants arrêts du contentieux administratif. Il s'agit de la décision dite *La Flandria*, du nom de la partie qui se plaignait de la destruction d'une clôture et de ses plantations par la chute d'un arbre dont le défaut d'entretien était imputable à la ville de Bruges. Que faisait *La Flandria* sinon mettre en avant la lésion de son droit de propriété et demander un droit à réparation ? La Cour de cassation place la contestation sur le terrain des droits civils. Ce sont « tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent ». La compétence du pouvoir judiciaire pour connaître de la protection de « tous les droits civils » est affirmée ensuite avec cette précision capitale : cette protection a lieu sans égard « ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit mais uniquement à la nature du droit lésé ». L'arrêt réglait à la fois la compétence du pouvoir judiciaire de juger de la responsabilité de l'administration et le droit applicable : ce serait le droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil. Dans le même arrêt, la Cour de cassation rejetait comme étrangère au système constitutionnel belge une conception de la séparation des pouvoirs qui aurait pour portée d'interdire au juge de constater l'illégalité de l'acte administratif¹⁵ et la faute de l'administration¹⁶.

Cet arrêt fort net intervenait après des décennies d'hésitations dues à l'application plus ou moins étendue d'une théorie d'immunité de l'administration d'*imperium*. Cette époque antérieure à l'arrêt *La Flandria* était celle de « l'automutilation du pouvoir judiciaire », a-t-on pu

¹² Cass., 9 décembre 1833, *Pas.*, I, p. 188. Observons toutefois que le détachement de l'acte administratif de conclusion d'un marché permet un contentieux de légalité fondé sur l'intérêt du requérant. Pour une illustration portant sur une concession domaniale, voy. C.E., SINGULE et KOEKELBERGH, n° 137.417 du 22 novembre 2004. Comp. avec C.E., S.A. LARDEN-SALAISSONS, n° 123.380 du 24 septembre 2003.

¹³ Cass., 30 avril 1842, *Pas.*, I, p. 185.

¹⁴ Pour un exemple récent, voy. Cass., 28 octobre 2005, accessible sur le site http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl.

¹⁵ Voy. en outre, *infra*, l'article 159 de la Constitution.

¹⁶ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, I, p. 193, concl. P. LECLERCQ.

écrire ¹⁷, car celui-ci avait perdu de vue que le Constituant l'avait précisément investi de la compétence de protéger les droits civils. En cet automne 1920, la Cour de cassation se ressaisit convaincue sans doute par les conclusions du procureur général Leclercq et une doctrine importante mais aussi par la perspective d'une révision de la Constitution qui aurait créé une cour de contentieux administratif chargée de ces questions de responsabilité que le juge judiciaire n'assumait pas. Cette jurisprudence *La Flandria* avait notamment pour effet de rendre inutile la création d'une nouvelle juridiction pour connaître de la responsabilité de l'administration et, surtout, elle rendait extrêmement difficile de confier ce contentieux à une juridiction non judiciaire. Pour le faire, il aurait fallu disqualifier le droit à la réparation et le qualifier de droit politique ¹⁸. Cette jurisprudence de la Cour de cassation allait s'amplifier.

En 1991, dans un nouvel arrêt de principe ¹⁹, la Cour de cassation a décidé de la compétence du juge judiciaire pour connaître de la responsabilité de l'Etat pour faute du pouvoir judiciaire « *notamment dans l'accomplissement des actes qui constituent l'objet direct de la fonction juridictionnelle* ». Les mots choisis par la Cour évoquent ceux de l'arrêt *La Flandria*. A nouveau est rejeté le moyen pris de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, combiné avec celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent.

Le droit belge vient de connaître un aboutissement - déjà controversé ²⁰ - de ce raisonnement avec la consécration de la compétence du juge ordinaire pour connaître de la protection des droits subjectifs et des intérêts légitimes contre les

¹⁷ Voy. l'éclairante contribution de P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 31 à 63. Adde F. MULLER, *Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt Flandria*, *J.T.*, 2006, p. 730 et p. 749.

¹⁸ M. LEROY observe que « ce n'est pas la nature du droit lésé qui est à prendre en considération pour déterminer la nature de la contestation, mais la nature du droit que le demandeur fait valoir à l'appui de son action. Les règles de la responsabilité civile étant inscrites dans le Code civil (article 1382 et suivants), toutes les actions tendant à la réparation des dommages causés par des fautes de l'administration relèvent des juridictions civiles, peu importe que le droit lésé soit civil ou politique » (M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 85).

¹⁹ Cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 142 et s., extr. concl. J. VELU ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 285 et s., obs. F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE.

²⁰ Cass., 28 septembre 2006, concl. J.-F. LECLERCQ, *J.T.*, 2006, p. 594 et s. ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1548 et s., note J. WILDEMEERSCH (p. 1550 et s.) et les observations critiques de M. UYTENDAELE (p. 1554 et s.) ; *R.A.G.B.*, 2007, p. 323 et s., obs. C. VERBRUGGEN.

lésions fautives causées par le pouvoir législatif et l'application à ce contentieux des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'arrêt du 28 septembre 2006, prononcé par une chambre francophone de 5 juges, reprend à son tour les mots sacrés de l'arrêt *La Flandria* et les applique au nouveau contexte né de l'air du temps. La carence fautive reprochée au législateur est la suivante : les conditions linguistiques établies par la loi sont telles que l'Etat se trouve dans l'incapacité de nommer tous les magistrats judiciaires prévus au cadre des juridictions bruxelloises ²¹. Ni la Constitution, ni le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposent à cette décision, juge la Cour de cassation.

En d'autres termes, qu'elle soit commise par l'administration, le juge ou le pouvoir législatif, la faute alléguée relève en toute hypothèse de l'appréciation du juge judiciaire, celui-ci étant exclusivement compétent pour connaître d'une contestation qui a pour objet la réparation d'un droit, fût-il politique ²², ou d'un intérêt légitime ²³.

A cet égard, il faut souligner que la création du Conseil d'Etat n'a apporté aucune limite à ce raisonnement. Aucune question préjudicielle ne doit lui être posée. La légalité de l'acte administratif, la faute de l'administration, sont appréciées par le juge judiciaire. Le recours pour excès de pouvoir n'est pas non plus une condition préalable à l'exercice de l'action en responsabilité pour faute de l'administration ²⁴ et un constat d'illégalité par le Conseil d'Etat n'entraîne pas *ipso facto* la preuve d'une faute commise par l'administration

²¹ La violation de l'article 6.1 de la C.E.D.H. avait été constatée.

²² Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513.

²³ Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, I, p. 1056, concl. J. VELU ; *R.C.J.B.*, 1984, p. 10 et s., note R. DALCQ.

²⁴ Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 octobre 2006 (*J.L.M.B.*, 2006, pp. 1594 à 1610 et *J.T.*, 2006, p. 767 et s.) rappelle ce principe de manière éclatante. Les faits en cause étaient assez singuliers. Le juge judiciaire était appelé à statuer sur une action en responsabilité civile introduite à l'encontre de l'Etat belge par un requérant soutenant l'illégalité d'une délibération de l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui classait par ordre les candidats à un poste vacant de conseiller d'Etat. Ayant constaté l'illégalité fautive de la délibération de l'assemblée générale et de l'arrêté royal qui s'y référait, ainsi que le préjudice qui en découlait, l'arrêt de la cour d'appel déclare que « [le demandeur] est en droit d'obtenir cette réparation en équivalent, bien qu'il n'ait pas sollicité du Conseil d'Etat l'annulation des décisions litigieuses. Il n'est, en effet, nullement requis, pour mettre en cause la responsabilité civile d'une autorité administrative devant les tribunaux de l'Ordre judiciaire, que l'illégalité de sa décision soit préalablement constatée par le Conseil d'Etat et qu'une annulation soit préalablement prononcée par lui. Le droit subjectif de nature civile d'obtenir réparation est un recours autonome à l'occasion duquel les tribunaux de l'Ordre judiciaire sont autorisés à constater l'illégalité de décisions administratives, même s'ils ne peuvent en prononcer l'annulation ».

²⁵. En effet, un arrêt d'annulation n'impose *erga omnes* que l'illégalité et la disparition de l'acte. Il n'implique pas que l'administration a commis une faute car le Conseil d'Etat n'a pu tirer cette conséquence qui échappe à sa compétence. Le juge judiciaire peut évidemment établir un lien d'inférence de l'annulation au contentieux de la responsabilité. Telle est d'ailleurs sa jurisprudence, dans le principe, à tout le moins.

3.- L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité des actes administratifs

L'idée selon laquelle le contentieux administratif serait d'abord de la compétence des cours et tribunaux judiciaires avait été clairement adoptée dans la Constitution de 1831 dont une disposition permet à ces juridictions de vérifier la légalité des actes administratifs. Le juge ordinaire devient ainsi l'allié du législateur contre les débordements juridiques de l'administration locale et centrale - on pense au Roi et à ses ministres. L'article 159 dispose que « *Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* ». On s'en doute, ce petit texte donne lieu à un commentaire circonstancié. Les normes contrôlées sont tous les actes administratifs mais pas la loi ²⁶. Les normes de référence sont la Constitution et toutes les sources formelles de la légalité administrative.

Le contrôle d'opportunité échappe au juge : « *Le pouvoir de contrôle [du juge] ne s'étend pas au-delà du domaine de la légalité externe et interne de ces actes. Lorsqu'il examine ces derniers, le juge ne peut se placer sur le plan de l'opportunité, car cela reviendrait à lui reconnaître une compétence incompatible avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions* » ²⁷. Toutefois cette compétence de contrôler la légalité interne ne sera reconnue au juge judiciaire que tardivement.

L'article 159 de la Constitution fonde un contrôle incident. Celui-ci prend tantôt la forme de l'exception d'illégalité à opposer quand l'administration revendique en justice l'application d'un acte, tantôt celle du moyen incident quand le demandeur sollicite la protection de son droit en contestant

²⁵ Sur cette question, voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e édition, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 566, ainsi que Cass., 25 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 106 et s., concl. J. LECLERCQ ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 638 et s., obs. D. DE ROY et N.J.W., 2004, p. 1316, note I. BOONE.

²⁶ L'impact de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 sur cette interprétation séculaire de l'article 159 demeure à apprécier.

²⁷ C.A., 1^{er} mars 2005, n° 46/2005, motif B.18.2 ; aussi, par exemple, Cass., 20 septembre 1990, *R.C.J.B.*, 1993, p. 618 et s., note J. VERHOEVEN.

la décision de l'administration. Cette voie de contrôle incident de légalité est utilisable sans considération de délai dans tous les contentieux relevant du juge judiciaire, qu'ils portent sur des droits civils ou sur des droits politiques. L'article 159 est également invocable devant les juridictions administratives, en ce compris le Conseil d'Etat ²⁸. Le juge est d'ailleurs tenu d'appliquer cette disposition constitutionnelle.

A ce stade, il convient de faire les trois observations suivantes.

Premièrement, le juge judiciaire ne peut contrôler la légalité d'un acte administratif que s'il est saisi à titre principal d'une contestation portant sur un droit subjectif, étant donné que le contrôle institué par l'article 159 de la Constitution est incident. Cette affirmation demeure la règle, même si des interventions législatives récentes y apportent certains tempéraments ²⁹.

Deuxièmement, l'existence d'un pouvoir de l'administré de prendre l'initiative d'une contestation judiciaire sur la base de l'article 159 et du pouvoir du juge d'ordonner ainsi à l'administration de faire ou de lui interdire d'exécuter un acte ont été longtemps controversés ³⁰. Les choses ont

²⁸ A l'exception notable des actes individuels à propos desquels le respect d'une condition de délai est nécessaire pour mettre en cause leur légalité devant le Conseil d'Etat même par voie incidente (voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o. c., n° 248 ; voy. ég. C.A., 19 mai 2004, n° 89/2004, motif B.3).

²⁹ Par exemple, dans le domaine de la régulation économique, quelques législations récentes confient à la cour d'appel de Bruxelles la compétence de statuer directement sur certaines décisions administratives. Parmi les raisons qui amenèrent le législateur à confier ce contentieux particulier à la cour d'appel de Bruxelles, les travaux préparatoires font état de la difficulté - voire de l'impossibilité - de distinguer le contentieux objectif d'un litige portant sur des droits subjectifs. En pareilles hypothèses, il ne fait aucun doute que le juge judiciaire puisse également écarter l'application d'un acte administratif illégal par le biais de l'article 159, même s'il est saisi d'une demande ressortissant principalement au contentieux objectif n'ayant peut-être pas directement pour objet véritable un droit subjectif (voy., par exemple, l'article 121 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, l'article 2 de la loi du 17 janvier 2003 « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » et l'article 28 de la loi du 10 juin 2006 instituant le Conseil de la concurrence).

³⁰ Historiquement, cette censure fut exercée avec une prudence excessive par les juridictions judiciaires, lesquelles étaient probablement influencées par la doctrine française de la séparation de l'administration et du juge. Ainsi, le 26 avril 1834, estimant que les juridictions judiciaires ne pouvaient pas s'opposer à l'exécution d'arrêtés directement poursuivie par le pouvoir exécutif, la cour d'appel de Bruxelles réforma deux ordonnances par lesquelles le président du tribunal d'Anvers avait fait défense à

progressivement évolué et cette *censure positive* est maintenant largement acceptée. Il est aujourd'hui admis que si l'administration qui a méconnu le droit subjectif disposait uniquement d'une compétence liée, le juge peut ordonner à celle-ci les mesures qui s'imposent pour restaurer ce droit lésé. Ce point acquis en matière de responsabilité civile donne lieu à une évolution extensive dans le domaine de la protection provisoire des droits par le juge judiciaire des référés. En effet, en matière de responsabilité, la Cour de cassation a décidé, en 1980, que les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans les pouvoirs réservés à l'administration dans l'exécution de la loi lorsque, pour rétablir complètement le préjudicié dans ses droits, ils ordonnent le rétablissement en nature du dommage et prescrivent à l'autorité des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable³¹. Ce raisonnement était le prélude à la reconnaissance élargie de la *censure positive*. Elle n'allait plus tarder. La Cour de cassation a reconnu la compétence du juge pour non seulement réparer mais aussi prévenir la lésion illicite d'un droit quel qu'en soit l'auteur : « le juge, statuant en référé, dans les cas dont il reconnaît l'urgence est compétent pour prendre au provisoire à l'égard de l'administration, auteur d'une telle atteinte, les mesures nécessaires à la conservation des droits des particuliers »³². La haute juridiction a précisé que « le juge des référés ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir exécutif lorsque, statuant au provisoire dans un cas dont il reconnaît l'urgence, il se déclare [...] compétent pour, dans les limites de sa mission, prescrire à l'autorité administrative les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte portée fautivement par cette autorité à des droits subjectifs dont la sauvegarde relève des cours et tribunaux »^{33 34}, ou même à des intérêts légitimes³⁵.

l'administration de mettre à exécution un arrêté d'expulsion qu'il estimait illégal (voy. P. GOFFAUX, o. c., pp. 41 à 44). Ce n'est que dans les années 80 que, avec le soutien de la Cour de cassation, le juge judiciaire des référés commença à pratiquer une véritable censure des actes administratifs illégaux dans le respect des principes révolutionnaires et constitutionnels de 1831.

³¹ Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1341 et s., concl. J. VELU ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 173 et s., note F. DELPEREE ; D. DEOM, « De la réparation du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.T.*, 1981, p. 128 et s. ; F. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *J.T.*, 1981, p. 682 et s. ; voy. ég. réf. citées in M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, n° 228.

³² Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251 ; Cass., 20 septembre 1990, *R.J.C.B.*, 1993, p. 618 et s., note J. VERHOEVEN. Voy. ég. Cass., 5 mai 2000.

³³ Cass., 21 mars 1985, *J.T.*, 1985, p. 697 et s., concl. J. VELU ; pour un examen de l'insertion de ces arrêts dans la jurisprudence, voy. Cl. DOYEN, « Le référé et l'administration, Exposé de la jurisprudence », in

La limite, en matière d'injonction, est que le juge ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration³⁶ : il ne peut pas lui dire ce qu'elle doit faire lorsqu'elle peut choisir entre plusieurs comportements licites. S'il le faisait, il violerait "la séparation des pouvoirs". Ainsi, en imposant un certain mode d'organisation des vols d'avions au départ de l'aéroport de Bruxelles-National, la cour d'appel de Bruxelles a violé ce principe car le choix du mode d'organisation revenait à l'administration, plusieurs manières de l'exercer étant concevables³⁷. Il faut constater que, dans certains cas, la frontière de la légalité et de l'opportunité de l'action ne se laisse pas appréhender facilement³⁸.

Troisièmement, le contrôle que le juge exerce sur la base de l'article 159 de la Constitution lui permet uniquement d'exercer une *censure particulière*. Autrement dit, s'il conclut à l'illégalité de l'acte, le juge ne l'applique pas dans le cas dont il est saisi mais l'acte subsiste et demeure applicable dans d'autres hypothèses, sous réserve d'une application extensive des motifs du jugement en question.

B.- La création du Conseil d'Etat en 1946

4.- Une compétence principale : l'annulation des actes administratifs illégaux

L'administration face à ses juges, Ed. du jeune barreau de Liège, 1987, p. 171 et s., sp. p. 176.

³⁴ Quant à la condition d'urgence, M. VELU, alors Premier Avocat général, estime dans ses conclusions qu'elle est remplie « lorsque l'exécution immédiate de cette décision risque d'entraîner pour le justiciable des conséquences d'une certaine gravité difficilement réparables », *J.T.*, 1985, p. 697 et s., sp. n° 12.

³⁵ Sur les limites de ces pouvoirs, B. JADOT, « Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration : le pouvoir d'injonction et la réparation en nature », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 441 et s., et sp. n° 7 et s.

³⁶ G. D'HOORE, concl. préc. Cass., 19 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 86 et s., sp. p. 87 ; E. KRINGS, concl. préc. Cass., 23 mars 1984, *R.W.*, 1984-1985, p. 15 et s. ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o. c., p. 316. Comp. avec Ph. LEVERT, « L'intervention du juge des référés dans le droit administratif », in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.) *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 374.

³⁷ Cass., 4 mars 2004, concl. G. DUBRULLE, *C.D.P.K.*, 2005, p. 171 et s., obs. Th. BOMBOIS. Pour une autre illustration, voy. Cass., 12 décembre 2003, *C.D.P.K.*, 2005, p. 370 et s., obs. F. VAN NUFFEL.

³⁸ Sur ce thème, M. PAQUES, « Principes de bonne administration en droit administratif et en droit fiscal, présentation et mise en œuvre », *Act. Dr.*, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 1993, pp. 399 à 483.

La création du Conseil d'Etat est le fruit d'une réflexion fondée essentiellement sur quelques unes des observations que nous venons de faire. Il faut bien voir que cette réflexion est menée depuis la fin de la première guerre mondiale et aboutit en 1946, à un moment où une série d'évolutions jurisprudentielles du contrôle de l'administration par le juge judiciaire n'avaient pas encore eu lieu.

D'abord, l'organisation du contentieux conçue jusque là ne permettait pas à l'administré de prendre l'initiative de la contestation d'un acte qui ne nuit pas directement à ses droits. Ainsi, on peut soutenir que le permis d'urbanisme délivré illégalement à mon voisin ne porte pas atteinte à mon droit ; comment m'en plaindre sinon par le biais d'éventuels recours administratifs organisés ou gracieux ? La revendication de la légalité à l'encontre de ce permis n'est pas une prétention que je puis directement porter devant un juge judiciaire. Ce point évoluera.

Ensuite, la censure de l'acte prononcée par le juge dans le contentieux des droits, n'est pas l'annulation et elle ne vaut pas *erga omnes*, ce qui est particulièrement gênant s'agissant des actes réglementaires. Par exemple, si j'ai été poursuivi devant le juge répressif en application d'un règlement communal d'interdiction de stationnement, et que je fais valoir son illégalité par la voie d'une exception, le juge écarte l'application de ce règlement mais il demeure en vigueur tant que son auteur ne l'abroge pas.

Enfin, ajoutons que le contrôle de l'administration par le juge judiciaire était moins développé à cette époque qu'à l'heure actuelle. La célèbre affaire Appoline Meeus³⁹ illustre clairement que le pouvoir judiciaire se cantonnait au contrôle de la légalité externe des actes administratifs sans s'aventurer dans le périmètre la légalité interne. Pour faire bref, un règlement communal prévoyait l'inscription dans un registre des personnes se livrant à la prostitution, celles-ci étant alors tenues, sous peine de sanctions, de se soumettre aux examens médicaux prescrits. Mme Meeus fut inscrite d'office dans ce registre. Elle nia toutefois se livrer à pareille activité, refusa de se soumettre aux dépistages médicaux et encourut dès lors plusieurs amendes. Le tribunal correctionnel lui permit toutefois d'établir qu'elle ne se prostituait pas. Cette preuve ayant été rapportée, le tribunal l'acquitta. Saisi d'un pourvoi introduit par le parquet, la Cour de cassation cassa ce jugement en estimant que « le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les tribunaux connaissent des actes d'administration pour arrêter ou paralyser les effets desdits actes ; qu'ainsi, et en supposant

³⁹ M. LEROY, *Contentieux administratif*, o. c., pp. 21 à 25.

que l'inscription de la défenderesse ait eu lieu selon les formes voulues, il n'appartenait pas au tribunal de Huy de méconnaître les effets de la mesure administrative, et de décider que la défenderesse n'est pas notoirement livrée à la débauche » ⁴⁰.

La volonté du législateur du 1946 était d'étendre la protection juridictionnelle des administrés sans pour autant empiéter sur les compétences établies par la Constitution. La création du Conseil d'Etat s'inscrit donc dans une perspective de subsidiarité ; elle ne porte aucune atteinte aux compétences des juridictions judiciaires ⁴¹. En d'autres termes, le recours au Conseil d'Etat ne peut jamais tendre au règlement d'une contestation portant, à titre principal, sur un droit civil. En revanche, il peut tendre au règlement d'une contestation portant sur un droit politique pour autant que le législateur l'ait prévu expressément. Le législateur voulait surtout créer une nouvelle catégorie de litiges : un contentieux, dit "objectif", dirigé contre les actes administratifs, fondé non pas sur la lésion d'un droit "subjectif", mais bien sur l'existence d'un simple intérêt à voir restaurer la légalité.

Il fut ainsi décidé de doter le Conseil d'Etat, haute juridiction administrative, d'une compétence générale d'annulation des actes des autorités administratives, individuels et réglementaires. Le recours aurait pu être populaire mais des raisons pratiques convinquirent le législateur d'instaurer la condition d'intérêt : le recours en annulation serait ouvert à toute personne justifiant d'une lésion ou d'un intérêt ⁴². Ce contentieux serait objectif. A l'inverse de l'exception d'illégalité accueillie par le juge judiciaire, le constat d'illégalité de l'acte entrepris ne bénéficierait pas uniquement aux requérants devant le Conseil d'Etat ; les répercussions de l'annulation d'un règlement, par exemple, dépassent le cadre d'un litige. En outre, la jurisprudence d'une juridiction administrative à compétence générale allait éclairer tout le droit administratif bien au delà de la solution procurée à chaque litige particulier ⁴³.

⁴⁰ Cass., 24 octobre 1866, concl. M. LECLERCQ, *Pas.*, 1867, I, p. 11 et s.

⁴¹ La clarté des explications fournies par la doctrine contemporaine de la création du Conseil d'Etat tranche singulièrement avec la jurisprudence multiple et diverse actuelle (voy., H. VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1947, p. 124).

⁴² En outre, la volonté d'articuler la préoccupation de restauration de la légalité avec celle de la sécurité juridique ont conduit à l'introduction d'une condition de délai de recours : soixante jours prenant cours selon le cas, à la publication, la notification ou la prise de connaissance de l'acte attaqué par le requérant, voy. l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, http://raadvt-consetat.fgov.be/Fr/whatwedo_fr.htm.

⁴³ H. VELGE, *o.c.*, p. 31.

Depuis une quinzaine d'années, le Conseil d'Etat s'est vu reconnaître le pouvoir d'ordonner la suspension de l'exécution des actes administratifs. Cette nouvelle procédure établissant le référé administratif est perçue comme un accessoire du pouvoir d'annulation. Elle est toutefois conditionnée au respect de deux exigences spécifiques. Le second paragraphe de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose en effet que *« la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable »*.

5.- Autres compétences du Conseil d'Etat

Outre les demandes de suspension et les requêtes en annulation contre les actes administratifs, le législateur a créé, selon le même principe de subsidiarité, un recours en indemnisation pour préjudice exceptionnel causé par une autorité administrative. Ce recours est destiné à fournir une indemnisation équitable dans les cas où aucune réparation ne peut être obtenue en mettant en cause la responsabilité administrative de droit commun, déjà évoquée. Le contentieux du dommage exceptionnel demeure toutefois fort limité ⁴⁴.

Le Conseil d'Etat connaît aussi des recours, principalement en cassation, contre les décisions des juridictions contentieuses, c'est-à-dire des juridictions administratives, pour autant, par une autre application de ce principe de subsidiarité, qu'une loi n'ait pas attribué ce recours à une autre juridiction, par exemple à la Cour de cassation.

Les recours en suspension et en annulation contre les actes administratifs, le contentieux du dommage exceptionnel et la cassation administrative constituent l'essentiel des tâches exercées par la section d'administration du Conseil d'Etat, devenue plus clairement la « section du contentieux administratif » par la vertu d'une récente loi ⁴⁵.

A côté de la section d'administration, une « section de législation » du Conseil d'Etat donne des avis aux différents législateurs et gouvernements du pays sur des projets normatifs ⁴⁶.

⁴⁴ Pour un exemple récent, voy. C.E., MATHOT, n° 155.468 du 22 février 2006.

⁴⁵ Article 227 de loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers (M.B., 6 octobre 2006). Toutefois, un arrêté royal doit encore déterminer l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition.

⁴⁶ Pour plus de nuances, voy. les articles 2 et suivants des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

6.- L'article 160 et la reconnaissance constitutionnelle

Depuis 1993, l'existence du Conseil d'Etat est ancrée dans la Constitution, qui établit, en son article 160, le double rôle de la haute juridiction administrative dans des termes fort succincts et confère au législateur un large pouvoir d'organisation. Cet article 160, rédigé à l'indicatif, oblige le législateur à organiser le Conseil d'Etat ⁴⁷. Celui-ci est, dès lors, la seule juridiction administrative dont l'existence s'impose en droit constitutionnel, à côté de la Cour des comptes mentionnée ici pour mémoire.

7.- L'article 158 de la Constitution relatif aux conflits d'attributions

Dans la relation au Conseil d'Etat et aux juridictions administratives, la position du juge judiciaire est renforcée par l'article 158 de la Constitution qui confie le règlement du conflit d'attributions à la Cour de cassation ⁴⁸. Cette disposition trouve notamment à s'appliquer dans le rapport entre le juge ordinaire et les juridictions administratives. Alors que certains Etats choisissent de créer une instance *ad hoc* composée de magistrats appartenant aux deux ordres juridictionnels pour se prononcer sur ce genre de conflits, l'on voit ici l'option claire du Constituant de 1831 qui n'a organisé que le pouvoir judiciaire et qui privilégie naturellement le sommet de celui-ci pour les règlements de compétence dans l'administration de la justice.

Même après la création du Conseil d'Etat, en 1946, puis la *constitutionnalisation* de celui-ci, en 1993, le règlement du conflit d'attributions demeure confié à la Cour de cassation. Celle-ci, siégeant à cette occasion en chambres réunies, est ainsi invitée à connaître des recours contre les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat décline sa compétence en jugeant que les *autorités judiciaires* sont compétentes ou rejette un déclinatoire de compétence fondé sur la compétence de ces autorités ⁴⁹. Il s'agit là de la seule voie de recours contre les arrêts du Conseil d'Etat.

⁴⁷ « Il y a pour toute la Belgique un Conseil d'État, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Toutefois, la loi peut attribuer au Roi le pouvoir de régler la procédure conformément aux principes qu'elle fixe.

Le Conseil d'État statue par voie d'arrêt en tant que juridiction administrative et donne des avis dans les cas déterminés par la loi ».

⁴⁸ « d'après le mode réglé par la loi ».

⁴⁹ Voy. les articles 33 et 34 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, ainsi que l'article 609, 2°, du Code judiciaire.

A l'heure actuelle, le caractère exclusif de la compétence de la Cour de cassation pour trancher les conflits d'attributions doit toutefois être sensiblement tempéré par l'influence manifeste de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. En effet, cette Cour juge de la constitutionnalité des lois et décide elle-même si l'organe créé par la loi présente un caractère juridictionnel ⁵⁰. Elle détermine également la nature civile ou politique du droit en cause. Comme l'observe fort pertinemment M. Nicolas BANNEX, « la Cour d'arbitrage a été amenée à développer une jurisprudence, non pour trancher un conflit d'attributions (compétence qui relève de la Cour de cassation), mais pour contrôler la constitutionnalité de l'attribution (ou de l'absence d'attribution) d'un litige à un ordre juridictionnel » ⁵¹.

⁵⁰ Par exemple, l'examen auquel se livre la Cour d'arbitrage pour conclure à la nature juridictionnelle d'un organe apparaît clairement dans son arrêt n° 151/2006 du 18 octobre 2006. Une loi du 3 mai 2005 avait créé un organe de recours en matière d'habilitations de sécurité et son caractère juridictionnel était mis en cause. La Cour d'arbitrage estima, en l'espèce, que plusieurs éléments démontraient que l'organe de recours constituait bel et bien un organe juridictionnel et que « la circonstance que les magistrats qui font partie de la juridiction ne sont pas nommés à vie ne porte pas davantage atteinte aux exigences précitées puisqu'aussi longtemps qu'ils exercent leur mandat, ils fonctionnent en toute indépendance et ils ne peuvent être révoqués, sauf pour des motifs graves ».

⁵¹ N. BANNEX, « La Cour d'arbitrage : juge de l'attribution des litiges ? », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006, pp. 369 à 394, ici p. 393.

II.- Perspective dynamique des rapports entre le Conseil d'Etat et le juge judiciaire : subsidiarité et concurrence

Le principe de subsidiarité qui a présidé à la création du recours en annulation donne lieu à des difficultés pratiques non négligeables. Celles-ci prennent deux formes principales.

La plus simple tient au fait que le Conseil d'Etat ne connaît pas des recours contre les actes pour la contestation desquels un recours est organisé devant une autre autorité. Si cette autorité de recours est une autorité administrative, le recours introduit devant le Conseil d'Etat est irrecevable car seule la décision prononcée sur ce recours organisé pourra, en définitive, faire l'objet d'une requête en annulation devant lui. Si l'autorité de recours est juridictionnelle et qu'il s'agit du juge ordinaire, judiciaire, la compétence du Conseil d'Etat s'efface. Tel est le cas, par exemple, des contestations relatives au contrat de travail, attribuées au tribunal du travail par le Code judiciaire⁵². Enfin, si l'autorité de recours est une juridiction administrative, la compétence du Conseil d'Etat s'efface, mais de manière provisoire : le Conseil d'Etat connaîtra éventuellement d'un recours en cassation administrative à l'encontre de la décision de la juridiction administrative, à moins que le législateur ne l'ait expressément exclu. La connaissance et la lecture des dispositions organisant de tels recours est de nature à résoudre assez aisément cette difficulté⁵³.

⁵² Par exemple : « Que la compétence du Conseil d'Etat est déterminée par l'objet véritable et direct du recours ; Attendu que l'arrêt constate que la demanderesse, qui a été engagée par le défendeur dans les liens d'un contrat de travail, poursuit la suspension de l'exécution de la décision par laquelle son employeur a, en raison des nécessités du service, refusé de la mettre, en qualité d'expert, à la disposition de la Commission européenne, qui demandait son détachement ; Que le recours a donc pour objet véritable et direct les modalités d'exécution du contrat de travail liant les parties et ressortit, partant, à la compétence du tribunal du travail en vertu de l'article 578, § 1^o, du Code judiciaire, sans qu'il importe ni que le défendeur ait disposé pour prendre sa décision d'un pouvoir discrétionnaire et ait invoqué à l'appui de celle-ci des nécessités de service ni que la défenderesse ne se soit pas prévaluée, au soutien de sa demande, d'un droit subjectif au détachement sollicité ; Que, dès lors, l'arrêt décide légalement que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la demande » (Cass., 28 octobre 2005).

⁵³ Les lois qui établissent des exceptions à la compétence du Conseil d'Etat doivent, en outre, résister au contrôle de conformité aux règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination qu'exerce la Cour d'arbitrage. La question peut être posée dans les termes suivants : « En excluant de la compétence d'annulation du Conseil d'Etat les conventions collectives de travail conclues dans un organe paritaire, le législateur introduit une distinction entre deux catégories de personnes : d'une part,

La seconde difficulté est, en revanche, de portée générale et son identification plus ardue : cette exclusion de la compétence du Conseil d'Etat se déduit des principes d'attribution exclusive au juge judiciaire des contestations portant sur un droit civil. Elle trouve à s'appliquer si, sous couvert d'un recours en annulation d'un acte d'une autorité administrative, le requérant entend, en réalité, faire trancher une contestation portant sur un droit subjectif : le Conseil d'Etat doit alors se déclarer incompétent. Nous reviendrons ultérieurement sur le problème.

A côté de ces incompétences liées à la répartition constitutionnelle des contentieux, il faut signaler une troisième source de difficultés moins inattendue ; elle tient à l'identification de l'autorité administrative. Seuls les actes des autorités administratives peuvent, en effet, faire l'objet d'un recours en annulation. En d'autres termes, si l'acte n'émane pas d'une autorité administrative, le Conseil d'Etat ne peut connaître du recours, du moins en principe ⁵⁴. Cette incompétence ne résulte pas, cette fois-ci, de la compétence d'un autre juge, mais bien de l'absence de la sienne propre. La jurisprudence oscille entre la conception organique et la conception fonctionnelle ou matérielle de l'autorité administrative. Sur ce point, l'équilibre ne semble pas encore atteint ⁵⁵. De plus, la qualification d'autorité administrative subit aussi l'influence de la règle d'égalité, laquelle pousse

celles qui, justifiant d'un intérêt à l'annulation de dispositions réglementaires, peuvent exercer un recours contre celles-ci devant le Conseil d'Etat ; d'autre part, celles qui, alors même qu'elles justifieraient d'un intérêt à l'annulation de dispositions réglementaires inscrites dans une convention collective de travail conclue dans un organe paritaire, se voient privées d'un tel recours. Ces deux catégories de personnes sont comparables en ce que chacune d'elles conteste la légalité d'une disposition de type réglementaire susceptible de léser ses intérêts » (C.A., 19 mai 1993, n° 37/93, motif B.6). En l'espèce, la Cour d'arbitrage juge la distinction justifiée (*ibid.*, motifs B.7 et s.), principalement en raison du fait qu'un recours judiciaire reste possible devant les juridictions du travail.

⁵⁴ Le législateur a toutefois procédé à certaines extensions de compétence sans « affecter » la notion d'autorité administrative elle-même. Par conséquent, à côté des actes des autorités administratives, l'on note la compétence de la section d'administration pour statuer sur la légalité d'autres actes administratifs dont les auteurs, qui ne sont pas des autorités administratives, sont précisément désignés. Ainsi, conformément à l'article 14 des lois coordonnées, le Conseil d'Etat est également compétent pour contrôler la légalité des « *actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel* ». Voy. aussi C.A., 19 mai 2004, n° 89/2004.

⁵⁵ Voy. l'exposé fort circonstancié que fait P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o. c., p. 554 et s.

à étendre le bénéfice du recours à la haute juridiction administrative au profit de ceux qui recourent aux « services publics » dispensés par des opérateurs privés notamment dans le secteur de l'enseignement. Nous n'examinerons pas davantage ce problème ordinaire afin de nous concentrer sur la question dite *de l'objet véritable du recours*, aspirateur de la compétence du Conseil d'Etat au fur et à mesure que le juge judiciaire étend les limites de sa compétence et exerce son pouvoir de régler les conflits (A). Néanmoins, selon la manière de présenter l'objet du recours, une concurrence s'installe entre les deux ordres juridictionnels (B).

A.- Conseil d'Etat et objet véritable du recours

8.- Comment déterminer l'objet véritable et direct d'un recours ?

Conformément à l'article 158 de la Constitution, la Cour de cassation a été amenée à trancher les conflits d'attributions. Dès les premiers arrêts sur le sujet, elle imposa de dépasser l'objet apparent de la demande pour examiner l'objet véritable et direct du recours. Elle décida qu'il convenait à cette fin de vérifier, d'une part, si la requête introduite devant le Conseil d'Etat ne tendait pas à la protection d'un droit subjectif, tâche réservée aux cours et tribunaux judiciaires, et si, d'autre part, le moyen articulé au soutien de la demande d'annulation était bien pris de la violation de la disposition qui fondait le droit subjectif.

Ainsi, la réunion de deux éléments est nécessaire avant de conclure à l'incompétence du Conseil d'Etat en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution. Il ne suffit pas, en effet, que le demandeur fasse état de la violation de son droit subjectif par l'administration. Encore faut-il que le moyen qu'il invoque à l'appui de son recours soit bien particulier. Dans son étude fondatrice, Ch. HUBERLANT formule ainsi ces deux conditions: elles sont réunies dans l'hypothèse où « *l'acte attaqué consiste dans le refus de l'Administration d'exécuter une obligation correspondant à un droit civil et si, en second lieu, l'excès de pouvoir invoqué à l'appui de la demande n'est autre que la violation de la disposition légale ou réglementaire applicable en tant qu'elle met cette obligation à charge de l'administration* »⁵⁶. Rappelons enfin qu'il

⁵⁶ Ch. HUBERLANT, « Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution », *J.T.*, 1960, p. 73 et s., ici p. 97. Voy. ég. J. SALMON, *Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 87 et 88 ; J. VELU, concl. préc. Cass., 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 288 et P. LEMMENS, « Le contentieux administratif : fondements et développements », in *Le citoyen face à l'administration*, Ed. du jeune barreau de Liège, 1989, n° 9. Voy. aussi

appartient toujours au législateur d'attribuer la contestation portant sur un droit politique à un juge administratif, tel, par exemple, le Conseil d'Etat ⁵⁷.

9.- Première illustration : le recours dirigé contre l'acte refusant la délivrance d'un permis

Examinons par exemple la manière dont la recherche de l'objet véritable doit être conduite lorsqu'un propriétaire demande l'annulation d'un acte de refus de permis d'urbanisme.

Dans la mesure où le propriétaire soutient, par définition, que l'acte de refus est illicite et que le Conseil d'Etat devrait l'annuler, que postule-t-il précisément ? Demande-t-il la protection de son droit subjectif, la sanction de l'acte qui viole son droit de propriété, c'est-à-dire le droit d'user et de jouir de la chose de la manière la plus absolue pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements (article 544 du Code civil) ? On ne peut l'exclure. En effet, si le refus de permis méconnaît le plan d'occupation des sols, il constitue une restriction induite, qui amoindrit ainsi les virtualités du droit de propriété défini à l'article 544 du Code civil. Ainsi la demande, le *petitum* pour reprendre l'expression de Ch. HUBERLANT ⁵⁸, tend à la restauration de l'intégrité du droit. La première condition menant à l'incompétence du Conseil d'Etat, à savoir que la contestation

C.E., ETAT BELGE et S.N.C.B., n° 58.400 du 23 février 1996 : « l'incompétence du Conseil d'Etat à connaître d'un moyen, quel que soit par ailleurs le but poursuivi réellement par la partie qui l'invoque, suppose, d'une part, que la partie requérante invoque la violation d'un droit subjectif par l'autorité, et, d'autre part, que le moyen soit pris de la violation de la règle qui établit ce droit », C.E., NOUVELLE, n° 120.872 du 24 juin 2003 et C.E., S.A. SCHERING-PLOUGH, n° 138.473 du 15 décembre 2004.

⁵⁷ Quant à savoir s'il est permis de considérer de façon générale l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat comme une des exceptions établies par la loi et prévues par l'article 145 de la Constitution, la haute juridiction administrative répond par la négative : « que lui reconnaître une telle portée, par trop générale, aboutirait à en faire la règle de principe et à nier la compétence des juridictions judiciaires voulue par le Constituant » (C.E., S.A. SOCIETE CHIMIQUE PRAYON-RUPEL, n° 140.482 du 10 février 2005). Dans le même sens, C.E., N.V. ACEC-UNION MINIERE, n° 103.560 du 14 février 2002. La loi attributive de la compétence au Conseil d'Etat peut-elle être de portée générale ? Dans un rapport précédant l'arrêt CROMBIN n° 31.775 du 13 janvier 1989 (A.P.T., 1990, p. 311 et s., « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée et compétence du Conseil d'Etat »), M. LEROY voit une importante attribution de compétence au Conseil d'Etat dans l'article 14, § 3 (alors alinéa 2), des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, justifiant par là, du moins au plan théorique, une jurisprudence jusque là difficile à admettre ; voy. sur cette jurisprudence, M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, o. c., n° 206 et note.

⁵⁸ Ch. HUBERLANT, o. c., et « Le contrôle judiciaire des expropriations pour cause d'utilité publique. Jusqu'où s'étend-il ? A-t-il un caractère exclusif ? », note sous Cass., 3 mars 1972, R.C.J.B., 1973, p. 435 et s.

soit relative au droit, est remplie. Ce n'en est pas pour autant une contestation au sens de l'article 144 de la Constitution. Il reste encore à examiner la seconde condition.

La seconde condition de l'incompétence dégagée par la jurisprudence tient au moyen développé par le propriétaire à l'appui de sa requête. Ce moyen est pris de ce que certaines normes législatives ou réglementaires qui permettent à l'administration de porter atteinte au droit de propriété - en l'espèce les décrets sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme et les règlements dérivés que sont les plans - ne sont pas respectées par l'administration. La *causa petendi*, le fondement de la demande est la violation de la norme qui permet ces atteintes et non pas la méconnaissance de la loi qui fonde le droit de propriété⁵⁹. La seconde condition de l'incompétence fait donc défaut. C'est dès lors l'observation du fondement de la demande qui devrait permettre d'assurer la compétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours du propriétaire contre l'acte administratif de refus de permis. En effet, le moyen n'est pas pris de la méconnaissance de la disposition de la loi qui fonde le droit de propriété lui-même mais d'une disposition d'un décret appartenant à la catégorie des lois de police. Celui-ci n'est toutefois pas sans rapport avec le droit de propriété dont il redessine le contour par restriction. Cependant, ce rapport n'en fait pas la disposition qui fonde le droit dont la protection est recherchée.

Bref, toute contestation mettant en cause le droit de propriété n'est pas une contestation portant sur le droit civil au sens de l'article 144 de la Constitution⁶⁰.

Si un recours a pour objet véritable et direct l'annulation d'un acte administratif, le fait que cette éventuelle annulation puisse affecter un droit subjectif civil du

⁵⁹ Dans l'arrêt LABIOUSE, n° 122.057 du 8 août 2003, la requérante avait introduit une demande de suspension de l'exécution d'un permis d'urbanisme octroyé à un voisin. A l'appui de sa demande, elle soutenait, en réalité, que l'acte attaqué créait une rupture d'égalité entre deux fonds, le sien et celui sur lequel la construction autorisée devait s'ériger. Ayant constaté que la requérante invoquait de la sorte la violation de l'article 544 du Code civil (théorie des troubles du voisinage), le Conseil d'Etat estima qu'il n'était « *pas compétent pour connaître d'une telle éventuelle rupture d'égalité ou d'un éventuel trouble du voisinage ; qu'il y va, en effet, d'un litige portant sur des droits civils qui, aux termes de l'article 144 de la Constitution, relève de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire* ».

⁶⁰ Ainsi, le Conseil d'Etat demeure compétent pour statuer sur une requête introduite à l'encontre d'une décision par laquelle l'administration place une canalisation sur mon fonds en dépit de toute base légale. En revanche, si la question litigieuse principale est celle de savoir qui - du requérant ou de l'administration - est propriétaire du fonds en question, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour trancher ce conflit.

requérant est sans incidence sur la compétence du Conseil d'Etat ⁶¹.

10.- Deuxième illustration : le recours dirigé contre l'acte refusant une subvention

Imaginons qu'une loi soumette l'octroi d'une subvention à l'unique condition que l'automobile dont je suis propriétaire soit munie d'un système anti-polluant particulier. Cette condition ne confère aucun pouvoir d'appréciation à l'administration. Si l'administration refuse de m'accorder la prime et que j'introduis un recours en annulation contre ce refus, le Conseil d'Etat se déclarera vraisemblablement incompétent. D'une part, le *petitum* tend à la restauration de l'intégrité de mon droit. D'autre part, le moyen allégué est pris de la violation de la règle qui fonde mon droit subjectif à l'obtention de la subvention.

11.- Pouvoir discrétionnaire et compétence liée

La notion de droit subjectif a naturellement fait l'objet de développements jurisprudentiels et doctrinaux abondants ⁶². Nous nous bornerons à faire état de la jurisprudence récente de

⁶¹ Cass. (ch. réun.), 13 février 2004, *Pas.*, I, p. 262 et s., concl. T. WERKIN. En l'espèce, la partie requérante devant le Conseil d'Etat avait introduit un recours en annulation à l'encontre de la décision rétroactive qui la plaçait en disponibilité par défaut d'emploi dans le service. L'administration contesta la compétence du Conseil d'Etat en alléguant que l'objet véritable du recours portait, en réalité, sur le droit de la requérante à son traitement. Le haut juge administratif rejeta toutefois ce déclinatoire de compétence en constatant que l'acte attaqué modifiait bel et bien la situation administrative de la requérante et que le seul fait qu'il ait des répercussions pécuniaires n'avait pas pour conséquence que la contestation portait sur un droit civil. Statuant sur ce conflit d'attribution, la Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit par l'administration en estimant que le Conseil d'Etat avait légalement justifié sa décision. Comp. avec C.E., CATALA et ELAUT, n° 104.077 du 28 février 2002 : « *dat indien bij het uitoefenen van het wettigheidsstoezicht blijkt dat een van de als ernstig aangevoerde middelen zou noodzaken te oordelen over een subjectief recht, waarvan de beoordeling tot de uitsluitende bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken behoort, de Raad zich hiervan zal onthouden* ».

⁶² Voy. récemment C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Intersentia, Anvers, 2000, sp. p. 167 et s. ; B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création*, o. c., pp. 203 à 267 ; Th. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique...Vol au dessus d'un nid de vipères ? », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 24 à 49 ; Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 29 et s. ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, o. c., p. 328 et s., ainsi que P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o. c., n° 360 et s.

la Cour de cassation. Dans un arrêt du 16 janvier 2006 ⁶³, celle-ci déclare que « [l]es cours et tribunaux connaissent [...] de la demande introduite par une partie, fondée sur un droit subjectif. Celui-ci implique l'existence d'une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'une autre personne et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre. Pour qu'une partie puisse se prévaloir à l'égard de l'autorité administrative d'un tel droit, il faut que la compétence de cette autorité soit complètement liée ». Observons encore que le droit à la légalité que l'on peut voir dans la possibilité d'agir devant la haute juridiction administrative, offerte à tout intéressé, ne semble pas suffisamment individualisé pour pouvoir être qualifié de droit subjectif ⁶⁴.

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration, d'une compétence non liée, emporte, en principe, l'absence de droit subjectif dans le chef de l'administré ⁶⁵. La présence d'une compétence liée ne suffit pourtant pas toujours à écarter la compétence du Conseil d'Etat qui se reconnaît le pouvoir de vérifier si l'autorité n'a pas dénaturé les faits ⁶⁶.

Enfin, notons que le recours en annulation d'un règlement n'a pas pour objet véritable et direct une contestation portant sur un droit subjectif ⁶⁷.

B.- Le parallélisme et la concurrence

⁶³ Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, pp. 391 et 392. A l'évidence, les enseignements constants de la Cour de cassation à propos de la notion de droit subjectif sont à rapprocher des célèbres conclusions de J. VELU précédant un arrêt du 10 avril 1987 (*A.P.T.*, 1987, pp. 292 à 314).

⁶⁴ Sans doute politique, *Rappr.* P. LEMMENS, o. c., p. 21 et s., n° 18. *Comp.* avec P. MARTENS, « Que reste-t-il du droit administratif », *A.P.T.*, 2006/1, p. 2.

⁶⁵ Pour une application au recours d'un tiers dirigé contre un permis de lotir, voy. C.E., DUPUIS, n° 151.128 du 10 novembre 2005.

⁶⁶ Dans le cas d'un recours dirigé contre une décision de refus de prorogation d'un permis d'urbanisme et de constatation de la péremption de celui-ci, le haut juge administratif a jugé que « s'il faut entendre l'expression "de plein droit" en ce sens que le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative se limite à vérifier si les conditions de la péremption sont réunies, cela ne signifie pas pour autant que le Conseil d'Etat ne serait pas compétent pour censurer cette appréciation si celle-ci a dénaturé les faits » (C.E., S.A. IMMOMILLS DEVELOPMENT, n° 141.416 du 1^{er} mars 2005).

⁶⁷ Cass., 2 juillet 1954, *Pas.*, I, p. 955 et s. Par un arrêt REGION WALLONNE, n° 103.527 du 13 février 2002, le Conseil d'Etat a jugé « qu'il ressort de l'article 144 de la Constitution que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour statuer sur des droits civils ; qu'il s'ensuit que, s'il peut statuer sur un arrêté réglementaire même s'il concerne des droits civils, il ne peut statuer sur l'exécution d'une obligation de droit civil ou d'un contrat ».

12. L'objet véritable d'un recours est parfois relatif

La pratique révèle cependant que la détermination de l'objet véritable du recours donne lieu à des difficultés d'interprétation majeures. Dans certaines hypothèses, c'est d'ailleurs en vain que l'on recherche une ligne de partage franche délimitant le champ d'action du juge judiciaire et celui du juge administratif. En outre, quand un recours est porté devant le juge judiciaire, ce dernier s'interroge positivement sur sa compétence et envisage peu qu'il pourrait lui-même être incompétent pour le motif que le recours porté devant lui est un procès fait à un acte qui relève de celle du Conseil d'Etat.

Plusieurs raisons permettent d'expliquer ce constat.

Tout d'abord, il faut reconnaître que le juge judiciaire interprète sa compétence de plus en plus largement. Cette observation est frappante dans les procédures en référé. C'est ainsi que l'on assiste à l'éclosion d'une multitude de droits subjectifs, formulés tantôt de manière très générale ⁶⁸, tantôt dans des termes extrêmement précis ⁶⁹. Le droit une fois en jeu, le juge n'hésite plus à prononcer contre l'administration les défenses nécessaires.

Ensuite, et plus fondamentalement, le droit d'obtenir la réparation de son dommage fondé sur l'article 1382 du Code civil étant, par une sorte de convention, nécessairement un droit subjectif civil, toute demande introduite sur cette base entre inévitablement dans la sphère de compétence du juge judiciaire. D'ailleurs, dès qu'une atteinte fautive est alléguée, le point délicat n'est plus la compétence du juge judiciaire de connaître du litige, mais plutôt le type de

⁶⁸ Par exemple, le droit à l'égalité de traitement, le droit à la protection de la vie privée, le droit à l'enseignement, le droit à un environnement sain, le droit subjectif à la liberté et à un procès équitable,...

⁶⁹ Le droit subjectif à « pouvoir continuer à exploiter son entreprise de production de fourrage sur la base de l'autorisation qui lui a été délivrée à cet effet, sans pouvoir en être empêchée par une décision d'autorité manifestement illégale prise par un ministre non compétent à cet effet, et ce dans l'attente d'une décision sur le recours en annulation », le droit subjectif au renouvellement d'une carte d'identité avant l'expiration de son délai de validité, ... Les illustrations sont nombreuses : voy. not. J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire », *J.L.M.B.*, 2005, p. 140 et s., sp. p. 167 et s. ; les chroniques judiciaires de jurisprudence constitutionnelle de F. TULKENS et J. SOHIER publiées dans la *Rev. b. dr. const.*, par exemple, en 2006, p. 224 et s., ; Y. HOUYET, « Objet véritable du recours et autorité administrative : le Conseil d'Etat est-il compétent pour annuler le refus d'un Officier d'état civil de procéder à l'inscription d'une déclaration de nationalité ? », *C.D.P.K.*, 2004, p. 535 et s. ; ainsi que Liège, 5 janvier 2004, *Rev. Dr. ULg*, 2004, p. 295 et s., obs. N. BANNEUX.

mesures qu'il peut ordonner. En d'autres termes, une fois que l'article 1382 est invoqué, le fait que l'administration ait - ou non - disposé d'un pouvoir discrétionnaire lors de l'adoption de l'acte critiqué n'importe plus réellement pour la compétence du juge judiciaire, mais cet aspect influe uniquement sur les pouvoirs dont il dispose. C'est ainsi que la Cour de cassation juge : « que le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour indemniser une atteinte irrégulière portée à un droit subjectif par l'administration dans l'exercice de sa compétence non liée mais qu'à ce propos il ne peut priver l'administration de sa liberté d'action et ni se substituer à celle-ci ; que le juge des référés ne peut pas davantage le faire » ⁷⁰.

Enfin, fort de la compétence que le législateur lui confère, le Conseil d'Etat lui-même n'hésite pas à se déclarer compétent pour connaître d'un recours introduit à l'encontre d'un acte administratif, parfois même dans le cas où la question à trancher concerne visiblement un droit de nature civile ⁷¹.

13.- Stratégie et rédaction de la requête

Il apparaît dès lors que la manière de rédiger une requête peut, à elle seule, influencer la qualification d'un litige. Par exemple, si le demandeur postule expressément l'annulation d'un acte administratif (procès fait à un acte), estimant implicitement que les droits subjectifs n'interviennent qu'à titre périphérique, le Conseil d'Etat se déclarera vraisemblablement compétent, à moins que le litige ne porte clairement sur un contrat ⁷² ou sur un droit subjectif à une

⁷⁰ Cass., 4 mars 2004. Voy. ég. Cass., 19 avril 1991 et Cass., 14 janvier 2004.

⁷¹ Voy., par exemple, C.E., X, n° 103.276 du 6 février 2002. En l'espèce, la demande de séjour du requérant avait été déclarée irrecevable par la commune, celle-ci estimant qu'il n'apportait pas la preuve de la validité de son mariage. Le requérant demanda la suspension de cette décision devant le Conseil d'Etat. L'administration opposa une exception d'incompétence au motif que l'objet réel du recours portait sur la reconnaissance ou l'exécution d'un droit subjectif civil, celui-ci tendant à voir admettre la validité du mariage du requérant. En vertu de l'article 69 de la loi du 15 décembre 1980 et de l'article 14 des lois coordonnées, le Conseil d'Etat s'estima néanmoins compétent pour connaître de l'objet de la requête, « même si l'argumentation développée à l'appui [du droit subjectif au séjour du requérant] porte sur l'existence et la validité d'un mariage ».

⁷² Comp. avec C.A., 20 avril 2005, n° 74/2005, motif B.6.2 : « Les litiges introduits devant le Conseil d'Etat par des agents statutaires d'une autorité administrative diffèrent essentiellement des litiges introduits par des ouvriers ou des employés devant les juridictions du travail. Ces derniers litiges concernent en effet les droits subjectifs de travailleurs en matière de droit du travail, d'accidents du travail ou de sécurité sociale. Les litiges qui concernent les droits subjectifs des agents statutaires des services publics dans les mêmes matières ne sont pas de la compétence du Conseil d'Etat. Cette juridiction ne reçoit les recours qui

somme d'argent ⁷³. En revanche, il est fort possible qu'en insistant sur l'atteinte portée à l'un des droits du requérant, le juge judiciaire ne reste pas sourd à la demande et s'estime ainsi compétent pour protéger les droits subjectifs menacés.

Au fil du temps, le réflexe naturel du juge qui consiste à interpréter sa compétence largement, l'habileté des plaideurs et la difficulté réelle d'appliquer les critères dégagés pour vérifier l'existence d'une contestation relative à un droit subjectif ont eu pour effet manifeste que les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif ressemblent moins à deux pôles distincts qu'à deux ensembles dont l'intersection est relativement étendue. Ce phénomène de superposition des compétences juridictionnelles est d'ailleurs accentué par le fait que le juge saisi d'un litige, toujours soucieux de vérifier s'il est compétent, accorde certainement moins d'importance à la question de savoir s'il l'est exclusivement.

Nous l'avons dit, c'est lorsque le juge, administratif ou judiciaire, statue dans le cadre d'une procédure en référé que le parallélisme des compétences est le plus net ⁷⁴. Il faut reconnaître en effet que la situation d'urgence qui caractérise le recours à ces procédures se prête particulièrement peu à de longs développements théoriques. En outre, au vu de l'abondance des ordonnances prononcées et du faible nombre de pourvois en cassation introduits à leur encontre, la Cour de cassation n'est pas fréquemment amenée à se prononcer sur le respect par ces décisions des limites respectives des compétences des deux ordres juridictionnels.

Les quelques exemples qui suivent, pris dans des matières différentes, illustrent la cohabitation entre l'action du juge des référés judiciaire et l'intervention du juge administratif dans le contentieux de la suspension des actes administratifs.

intéressent les agents des services publics que lorsqu'il s'agit de connaître du contentieux objectif relatif à des actes administratifs qui peuvent être, soit des actes individuels, soit des actes réglementaires intéressant un nombre indéterminé de personnes. Par ses arrêts, le Conseil d'Etat peut uniquement annuler l'acte qui lui est soumis, sans prononcer en règle de condamnation au paiement d'une somme. Lorsqu'une annulation est prononcée, l'arrêt a une autorité absolue de chose jugée. »

⁷³ Voy. les nombreux exemples recensés par P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o. c., p. 614 et s.

⁷⁴ Sur le sujet, voy. not. D. D'HOOGE et L. SCHELLEKENS, « De interferentie tussen kortgedingprocedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten », in G. DEBERSAQUES, M. VAN DAMME, S. DE CLERCQ et G. LAENEN (éds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State, 15 jaar procedurele vernieuwing*, collection Administratieve Rechtsbibliotheek, Die Keure, Bruges, 2004, pp. 223 à 251.

14.- Illustration dans le contentieux des étrangers

Les actes administratifs individuels pris à l'égard des étrangers sont innombrables. A la lecture de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, aux termes duquel le Conseil d'Etat est *seul* compétent pour ordonner la suspension de l'exécution des actes administratifs, on pourrait croire que le juge judiciaire n'intervient aucunement dans les procédures mettant en cause la légalité des décisions prises.

Il n'en est rien ⁷⁵. L'intervention du juge judiciaire dans le contentieux des étrangers est d'ailleurs de plus en plus fréquemment sollicitée, notamment en raison de sa rapidité et de l'encombrement structurel du rôle du Conseil d'Etat. L'exemple suivant en est l'une des multiples illustrations.

Lorsque l'administration refuse d'accorder un visa pour regroupement familial au demandeur, il ne fait aucun doute que cette décision constitue un acte administratif et peut, à ce titre, faire l'objet d'un recours en annulation, le cas échéant assorti d'une demande de suspension, devant le Conseil d'Etat. Il s'agit alors clairement d'un procès fait à un acte administratif dont la légalité est contestée. Toutefois, en pareille hypothèse, on peut également imaginer que le demandeur se tourne plutôt vers le juge judiciaire, en alléguant que le refus d'accorder le visa en question constitue une atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale. Ainsi, une fois l'urgence et l'illégalité établies, le juge judiciaire pourrait écarter l'acte illégal par le biais de l'article 159 de la Constitution ⁷⁶.

Pour justifier adéquatement la compétence du juge judiciaire, le requérant prendra soin de présenter sa demande en arguant que son intervention est nécessaire pour prévenir une atteinte fautive portée par l'acte administratif incriminé à un droit, par exemple le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la C.E.D.H. Le droit à la réparation fondé sur l'article 1382 du Code civil étant en toute hypothèse

⁷⁵ Voy. les illustrations fournies par S. SAROLEA, « Le référé civil en droit des étrangers : parachute ou paravent ? », in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.) *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2003, pp. 389 à 421.

⁷⁶ Civ. Bruxelles (réf.), 3 mars 2006, *R.D.E.*, 2006, p. 231 et s. Observons qu'en outre, le juge ordonna à l'Etat belge de délivrer au demandeur un visa pour regroupement familial. Le visa ne procédant pas, en l'espèce, d'une compétence complètement liée dans le chef de l'administration, cette injonction nous paraît aller au-delà des pouvoirs reconnus au juge. D'ailleurs, dans une autre affaire, la cour d'appel de Liège déclara dans un arrêt du 3 octobre 2006 (2000/RG/1738) que « la réparation en nature qui était demandée n'aurait pu être accordée dès lors que la délivrance du visa de regroupement familial implique un pouvoir d'appréciation dans le chef de l'Etat belge ».

un droit subjectif civil, présenter une requête en faisant valoir expressément la protection de son droit à obtenir la réparation du dommage causé présente l'avantage d'éviter, pour ce qui concerne la compétence du juge judiciaire, la discussion portant sur le fait de savoir si, lors de l'adoption de l'acte, l'administration exerçait bel et bien une compétence liée.

Il est clair que la question relative à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration rejaillit à l'occasion de l'examen des mesures que le juge judiciaire est en droit d'ordonner. Sur la base de ce que nous avons expliqué précédemment, l'alternative est à deux branches qui peuvent être présentées très succinctement de la façon suivante :

- Soit, lors de l'adoption de l'acte litigieux, l'administration exerçait une compétence complètement liée. Dans ce cas, le juge judiciaire qui constate l'illégalité de celui-ci doit en écarter l'application, conformément à l'article 159 de la Constitution. Il peut ensuite enjoindre à l'administration d'adopter la décision qu'impose l'exercice de cette compétence liée. Ainsi, après avoir constaté que le demandeur bénéficiait en l'espèce d'un véritable droit subjectif à l'établissement, la cour d'appel de Liège a pu légitimement faire injonction à l'Etat belge de délivrer au demandeur une carte d'identité d'étranger ⁷⁷.
- Soit, en revanche, l'adoption de l'acte litigieux procédait d'une compétence discrétionnaire dans le chef de l'administration. En pareille hypothèse, le juge judiciaire écarte l'application de cet acte s'il l'estime illégal. Il peut aussi ordonner à l'administration de statuer - le cas échéant, de statuer à nouveau - sur la demande mais ne peut en aucun cas lui enjoindre d'adopter une décision dans un sens déterminé, sous peine de se transformer en administrateur actif ⁷⁸.

Dans un arrêt précité du 16 janvier 2006, la Cour de cassation semble avoir confirmé ces principes en cassant un arrêt de la cour d'appel de Liège qui condamnait l'Etat belge à délivrer au demandeur une carte de séjour. La Cour de cassation a estimé après un examen minutieux de la législation pertinente que l'administration n'avait pas, en l'espèce, une compétence complètement liée, et que, partant, le demandeur n'avait aucun droit subjectif au séjour. Le juge ne pouvait dès lors pas condamner l'Etat belge à lui délivrer une carte de séjour.

⁷⁷ Liège, 29 novembre 2005, *R.D.E.*, 2006, p. 540 et s.

⁷⁸ Pour un exemple récent où l'administration, qui n'avait pas encore pris position au sujet de la demande d'autorisation de séjour fondée sur l'article 9, al. 3, de la loi du 15 décembre 1980, fut condamnée à statuer sur cette demande sous peine d'encourir une astreinte, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 2 juin 2006, *R.D.E.*, 2006, p. 239 et s.

15.- Illustration dans le contentieux des examens scolaires

La répartition des compétences juridictionnelles dans le domaine scolaire n'a pas été épargnée par des rebondissements spectaculaires ⁷⁹. Nous nous limiterons à illustrer la concurrence des compétences dans le contentieux des examens. Cette précision n'est pas sans importance dans la mesure où, s'agissant de leur personnel ⁸⁰ et de leurs marchés publics ⁸¹, la situation des établissements scolaires de l'enseignement libre est perçue de façon fort différente.

Les établissements de l'enseignement officiel constituent sans aucun doute des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. A ce titre, la légalité des décisions prises par les jurys d'examens institués auprès de ceux-ci peut être contestée devant la haute juridiction administrative. Toutefois, si le plaideur fait habilement valoir que la décision contestée porte gravement atteinte à son droit subjectif à l'enseignement, il n'est pas exclu que le juge judiciaire puisse également intervenir et, par le biais de l'article 159 de la Constitution, contrôler la légalité de l'acte administratif incriminé pour protéger le droit garanti ⁸².

S'agissant des établissements de l'enseignement libre, le juge judiciaire était, selon la jurisprudence majoritaire, seul compétent pour contrôler la légalité des décisions émanant de leurs jurys. C'était sans compter sur l'intervention de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage. Signalons un arrêt prononcé le 6 septembre 2002 en chambres réunies par lequel la Cour de cassation a développé une conception si large de l'autorité administrative qu'elle semble y englober les établissements de l'enseignement libre lorsque leurs décisions ont trait au contentieux des examens ⁸³. Lorsque, dans le cadre

⁷⁹ Voy. not. D. DEOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », A.P.T., 2004, pp. 95 à 106. Comp. avec les observations de X. DELGRANGE, « S.O.S. Bonheure », R.C.J.B., 2005, p. 26 et s.

⁸⁰ Les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné étant désignés et nommés par la voie de contrats de travail, ils relèvent du contrôle exclusif des juridictions ordinaires.

⁸¹ C.E., S.A. CLOSE, n° 125.889 du 2 décembre 2003.

⁸² Voy., par exemple, Liège, 22 novembre 2001, *Journ. Proc.*, 2001, n° 426, p. 27 et s., obs. J. SOHIER.

⁸³ « Que des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des régions, des provinces ou des communes, constituent des autorités administratives au sens de [l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat] dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des mesures obligatoires à l'égard des tiers, plus spécialement en déterminant de manière unilatérale leurs propres obligations à l'égard des tiers ou en

de sa mission de service public, un établissement scolaire libre subventionné délivre des diplômes qui sont sanctionnés et reconnus par la Communauté française, ceux-ci lient les tiers ; l'établissement en question se voit, dans cette stricte mesure, reconnaître la qualité d'autorité administrative. De son côté, par un arrêt n° 41/2003 du 9 avril 2003, la Cour d'arbitrage a examiné la qualification de la commission de sélection des étudiants en dentisterie dans les universités libres. Tout en reconnaissant que les étudiants d'une université libre pouvaient s'adresser aux tribunaux de l'ordre judiciaire, la Cour d'arbitrage observa que de telles actions ne bénéficiaient pas d'une instruction inquisitoire et qu'elles aboutissaient à des décisions qui, à la différence des arrêts du Conseil d'Etat, n'ont qu'une autorité de chose jugée relative. Cette différence de traitement étant discriminatoire, la Cour d'arbitrage suggéra une autre interprétation de la loi en examinant s'il n'était possible de qualifier d'autorité administrative la commission créée au sein de l'U.L.B. Elle constata à cette occasion que cette commission était créée à l'initiative des pouvoirs publics, que ses avis et attestations étaient obligatoires pour les intéressés et qu'ils liaient les tiers. Et la Cour d'arbitrage de conclure qu'il n'y a aucune violation de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle la commission créée au sein de l'U.L.B. est qualifiée d'autorité administrative. Bien que cet arrêt ne porte pas précisément sur la nature d'un jury d'examen, la Cour d'arbitrage a visiblement opté pour une conception large de l'autorité administrative, laquelle englobe plus que probablement les jurys d'examen institués auprès des établissements de l'enseignement libre. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a clairement tiré les enseignements de la jurisprudence des deux juridictions suprêmes⁸⁴. Dans le contentieux des examens scolaires, on se demande toutefois si les compétence et pouvoir du juge judiciaire sont réellement moins complets que ceux dont dispose le Conseil d'Etat.

16.- Illustration dans le droit de l'urbanisme

Deux requérants introduisent devant le Conseil d'Etat une requête en annulation contre un permis d'urbanisme accordé à

constatant unilatéralement les obligations des tiers ; Que les actes posés par ces établissements peuvent faire l'objet d'une annulation lorsque ceux-ci exercent une partie de l'autorité publique ; [...] Attendu que le fait que la défenderesse est un établissement d'enseignement libre créé par des personnes privées et qu'il peut être supprimé par des personnes privées n'exclut pas que la défenderesse puisse être autorisée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers ; Que le seul fait qu'une institution n'a pas un lien organique avec les pouvoirs publics n'exclut pas la compétence du Conseil d'Etat. »

⁸⁴ Voy. notamment les deux arrêts prononcés le 4 juin 2003 par l'assemblée générale de la section d'administration du Conseil d'Etat : C.E. ZITOUNI, n° 120.131 et VAN DEN BRANDE, n° 120.143.

une société voisine. Concomitamment, ils se tournent aussi vers le juge des référés judiciaire afin que celui-ci ordonne notamment l'arrêt des travaux en cours d'exécution. En première instance, le juge des référés s'estime compétent pour faire droit à la demande en constatant que celle-ci tend à « *la sauvegarde immédiate et effective du droit de propriété et de possession des demandeurs et à la cessation des inconvénients et de la nuisance résultant du fait du voisinage* ».

Saisie d'un pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Gand qui confirme l'ordonnance du juge des référés judiciaire, le Cour de cassation commence par affirmer que le juge des référés est compétent pour ordonner des mesures urgentes et provisoires lorsque l'atteinte portée à des droits civils subjectifs résulte de l'usage, par son auteur, d'une autorisation accordée fautivement par l'administration. Elle estime ensuite que la compétence pour ordonner dans certaines conditions la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative conférée au Conseil d'Etat ne restreint pas la compétence du président des référés pour statuer au provisoire sur des droits civils subjectifs.

La Cour de cassation poursuit en examinant les motifs qui ont présidé à l'adoption de l'arrêt attaqué. Tout d'abord, la cour d'appel a estimé que la demande introduite devant le juge judiciaire ne tendait pas à la suspension de l'acte administratif, à savoir, le permis d'urbanisme, mais était dirigée - Ô nuance ! - contre l'utilisation d'un permis délivré de manière irrégulière. Les juges d'appel ont décidé dans la foulée que les deux requérants avaient le droit de demander à titre de mesure provisoire qu'il fût ordonné à la société de cesser les travaux, de déblayer le chantier des machines et matériaux et qu'il lui fût interdit d'entamer ou de continuer l'usage des constructions éventuellement existantes.

Au terme de son examen, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en ces termes : « *qu'ainsi, l'arrêt [de la cour d'appel] a constaté que la demande concerne des droits civils subjectifs et qu'il y est porté atteinte par l'utilisation par le demandeur d'un permis [d'urbanisme], du permis délivré apparemment de manière irrégulière; que l'arrêt qui décide que le juge des référés pouvait prendre la mesure contestée, ne viole aucune des dispositions citées au moyen* »⁸⁵.

S'il est vrai que, formellement, les requérants n'ont pas demandé au juge judiciaire de suspendre le permis d'urbanisme,

⁸⁵ Cass., 25 avril 1996, *Pas.*, I, p. 387 et s. ; R.W., 1996-97, p. 1289 et s., concl. G. DUBRULLE ; T.R.O.S., 1997, p. 142 et s., obs. D. VAN HEUVEN et F. VAN VOLSEM : « *Parallelele bevoegdheidsverdeling tussen de gewone en de administratieve kortgedingrechter in stedenbouwkazaken* ».

le résultat pratique de son intervention en est toutefois fort proche.

17-. Sommaire comparaison des référés judiciaire et administratif

Après avoir observé qu'en certaines hypothèses, le demandeur avait le choix de porter son litige contre l'administration devant le pouvoir judiciaire ou devant le juge administratif ⁸⁶, il reste à examiner ce qui le pousse à choisir l'un plutôt que l'autre. Dans le cadre du présent rapport, nous nous limiterons à présenter les traits saillants des deux procédures.

Conformément à l'article 584 du Code judiciaire, le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire. Le juge judiciaire est donc compétent pour prévenir une atteinte irrégulière portée à un droit subjectif par l'administration, même si la compétence qu'elle exerce n'est pas liée. Il ne peut toutefois ni priver l'administration de sa liberté d'action, ni s'y substituer. Sur la base de l'article 159 de la Constitution, le juge judiciaire doit écarter l'application d'un acte illégal. Nous avons vu les limites dans lesquelles le juge judiciaire pouvait donner une injonction à l'administration. Conformément à l'article 1385bis du Code judiciaire, le juge peut assortir son ordonnance d'une astreinte. Aspect non négligeable, une fois encourue, l'astreinte reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation.

Sur la base de l'article 17 des lois coordonnées, le Conseil d'Etat peut ordonner, le cas échéant par le biais d'une procédure introduite en extrême urgence, la suspension de l'exécution d'un acte administratif si des moyens sérieux susceptibles de justifier son annulation sont invoqués et pour autant que le requérant parvienne à démontrer que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable. L'arrêt qui ordonne la suspension peut également imposer une astreinte à l'autorité en cause, mais le produit de celle-ci ne profite pas au demandeur ; il est en effet affecté à la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative. Dans le cadre du référé

⁸⁶ Le cas s'est présenté où le demandeur avait saisi à la fois le juge judiciaire et le juge administratif. Constatant que dans une décision du 4 novembre 2003 (Rev. Dr. Santé, 2004-2005, p. 47 et s.), la cour d'appel de Bruxelles avait, en substance, accédé à la demande du requérant, le Conseil d'Etat estima que celui-ci ne rapportait plus l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable (C.E., S.A. GLAXOSMITHKLINE, n° 152.731 du 14 décembre 2005).

administratif, le haut juge peut également ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties, à l'exclusion toutefois des mesures ayant pour objet des droits civils. A cet égard, le corset est bien serré puisque le juge administratif ne peut faire œuvre d'administrateur actif et la mesure provisoire qu'il ordonne ne peut, de surcroît, avoir pour objet des droits civils ⁸⁷. Par conséquent, le Conseil d'Etat ordonne rarement des mesures provisoires ⁸⁸. Tout comme le juge judiciaire, la haute juridiction administrative ne peut s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration, hormis une erreur manifeste d'appréciation de celle-ci.

La difficulté de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable, le fait que les sommes dues à titre d'astreinte ne reviennent pas au demandeur et le carcan qui enserme les mesures provisoires ne sont assurément pas des éléments qui jouent en faveur de la saisine du juge administratif. De plus, un arriéré considérable entrave actuellement l'efficacité de l'action du Conseil d'Etat ⁸⁹, à l'exception de la procédure de référé d'extrême urgence. Enfin, il faut noter que par un arrêt du 16 février 2006, la Cour de cassation a jugé que la requête en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'Etat n'interrompt ni ne suspend la prescription du droit de réclamer une indemnisation devant un tribunal civil en se fondant sur l'illégalité de cet acte ⁹⁰.

Cela étant, s'il entend saisir le juge judiciaire de son litige, le demandeur doit rapporter la preuve d'un droit subjectif. Cette exigence semble de moins en moins sévère mais l'existence d'un tel droit n'est pas toujours facile à démontrer ⁹¹. De plus, dans certains cas, l'annulation de

⁸⁷ Voy, par exemple, C.E., BOURDON, n° 132.407 du 15 juin 2004.

⁸⁸ A titre d'illustration, le juge administratif s'est déjà reconnu le pouvoir d'enjoindre à l'administration de restituer sur une demande dans un certain délai (C.E., MARNETTE, n° 91.617 du 13 décembre 2000). Par ailleurs, il est arrivé au Conseil d'Etat de faire interdiction à une partie de « *poursuivre, elle-même ou par toute autre personne, les travaux actuellement entamés ou d'exécuter sous quelque forme que ce soit le permis d'urbanisme [suspendu]* » (C.E., DUPUIS, n° 105.504 du 15 avril 2002) ou « *de procéder au rapatriement forcé [du requérant] jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de suspension* » (C.E., X, n° 96.244 du 8 juin 2001).

⁸⁹ Ainsi, dans certaines affaires, il a fallu attendre huit années avant que le Conseil d'Etat ne se prononce sur la requête en annulation qui avait été introduite. Pour davantage de précisions quant à l'arriéré de la haute juridiction administrative, voy. le rapport annuel du Conseil d'Etat pour l'année 2004-2005, p. 48 et s., téléchargeable sur son site précité.

⁹⁰ Cass., 16 février 2006, *R.D.J.P.*, 2006, p. 107 et s., obs. E. BREWAEYS ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1618 et s., obs. A. VAN OEVELEN ; *R.A.B.G.*, 2007, p. 334 et s., obs. C. Lebon.

⁹¹ Voy., par exemple, certaines décisions judiciaires citées par par J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire », *o.c.*, p. 167 et s.

l'acte administratif, que, seul, le Conseil d'Etat peut prononcer demeure la mesure la plus efficace ⁹².

Conclusions sur la dualité juridictionnelle belge

A l'évidence, le Constituant de 1831 ne pouvait pas prévoir l'évolution et la complexité croissante du contentieux juridictionnel. Le contenu des articles 144, 145 et 159 de la Constitution n'ayant jamais été modifié, la jurisprudence et la doctrine ont été contraintes de faire preuve d'imagination et de pragmatisme, quitte à ce que les distinctions établies deviennent parfois savantes ou artificielles.

Dès le moment où l'on demande au juge judiciaire de faire autre chose que de connaître d'une requête en annulation ou en suspension d'un acte administratif, en d'autres mots dès qu'on ne fait pas formellement devant lui le procès de l'acte qui est de la seule compétence du Conseil d'Etat mais que l'on postule la protection du droit subjectif en sollicitant l'écartement de l'application de l'acte, ce juge est compétent, nonobstant l'existence du Conseil d'Etat. En revanche, le juge judiciaire est incompétent si on fait devant lui le procès de l'acte administratif, et c'est être bien maladroit que lui présenter les choses de cette façon ⁹³...

Bien entendu, le nombre croissant de droits subjectifs accentue à son tour le rôle de la censure particulière opérée par le juge des référés judiciaire sur la base de l'article 159 de la Constitution. Aussi longtemps que la doctrine de l'objet véritable du recours reste d'application, la reconnaissance - même exponentielle - de ces droits subjectifs n'exclut pas la compétence du Conseil d'Etat, car, généralement, le moyen de la requête introduite devant lui n'est pas directement prise de la disposition qui fonde le droit. Il s'agit alors bien du procès d'un acte administratif malgré ses rapports éventuels avec le droit subjectif.

Si ce raisonnement fondé sur l'objet véritable venait à être supplanté par une doctrine de l'effet équivalent, la compétence du Conseil d'Etat serait sans doute affaiblie ⁹⁴. L'insertion d'une disposition constitutionnelle relative au Conseil d'Etat

⁹² Dans son étude précitée (*R.C.J.B.*, 2005, p. 75), X. DELGRANGE cite l'exemple de l'enseignant qui conteste devant les juridictions judiciaires une décision attendant à sa relation de travail et le compare à son collègue qui introduirait un recours semblable devant le Conseil d'Etat : « [Il] ne sortira du Palais de justice qu'avec des dommages et intérêts tandis que son collègue reviendra de la rue de la Science pour réintégrer son école ».

⁹³ Toutefois, Liège, 13 juin 2005, *J.T.*, 2006, pp. 395 et 396.

⁹⁴ En ce sens, P. GOFFAUX, *o. c.*, p. 61.

et à sa compétence de juridiction administrative exclut-elle une telle évolution qui serait contraire aux conceptions du régulateur des conflits connues du Constituant ?

A l'inverse, pour revaloriser le rôle du Conseil d'Etat et apporter plus de certitude à son intervention, une partie de la doctrine moderne propose de reconsidérer les fondements de sa compétence d'annulation en l'établissant à frais nouveaux sur la base de la disposition constitutionnelle qui permet d'attribuer au juge administratif des contestations relatives à des droits politiques. Ceux-ci peuvent lui être confiés de façon exclusive. Cette approche irait de pair avec une réduction consécutive de la notion de contestation portant sur des droits subjectifs dont le juge judiciaire peut seul connaître ⁹⁵.

Notre Etat aura-t-il le courage de mener à bien cette réforme ? Est-elle utile ? Tout bien pensé, cette richesse des voies de recours n'est-elle pas le meilleur service au citoyen ⁹⁶ ? On peut légitimement en douter. De cette profusion au désordre, il n'y a pas si loin. De plus, sans même envisager ici la question de l'allocation optimale des deniers de l'Etat dans cette organisation du contentieux, ce séduisant *forum shopping* s'exerce dans une certaine insécurité juridique car la constatation de l'incompétence du juge saisi n'est jamais complètement exclue.

A la vérité, la menace la plus lourde qui pèse sur le Conseil d'Etat est sans doute l'encombrement structurel de son rôle. D'ailleurs, l'arriéré de la haute juridiction administrative a déjà valu à la Belgique plusieurs condamnations à Strasbourg ⁹⁷. A cet égard, la récente réforme ⁹⁸, entreprise

⁹⁵ Cette idée est soutenue dans plusieurs écrits de B. BLERO, voy. not. « Du Droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 151 à 157.

⁹⁶ En termes d'impartialité, la dualité juridictionnelle présente un avantage non négligeable pour le plaideur qui peut contester devant le juge judiciaire la légalité d'un acte au sujet duquel l'assemblée générale du Conseil d'Etat avait donné son avis (voy. l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 octobre 2006 exposé à la note 24). Sur la dualité juridictionnelle, comp. B. CAMBIER et L. CAMBIER, « Compétences concurrentes ou complémentaires des juridictions au contentieux administratif », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 47 à 66 et P. VAN ORSHOVEN, « Administratieve rechtbanken ? Ja en neen. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme », *R.W.*, 1994-1995, pp. 897 à 908.

⁹⁷ Voy. Cour eur. dr. h., *Entreprises Robert Delbrassinne S.A. c/ Belgique* du 1^{er} juillet 2004, Cour eur. dr. h., *Stoeterij Zangersheide N.V. c/ Belgique*, 22 décembre 2004 et Cour eur. dr. h., *Defalque c/ Belgique* du 20 avril 2006.

⁹⁸ Loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers, publiée au *Moniteur belge* du 6 octobre 2006. Une loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (*Moniteur*

précisément pour résorber cet arriéré, laisse perplexe. Plutôt que de renforcer le Conseil d'Etat de façon substantielle, le législateur a préféré privilégier le recours aux techniques de management et d'évaluation des magistrats. Ces difficultés pratiques influencent la perception de la dualité juridictionnelle et éloignent sans doute du projet de 1946 encore présent pourtant lors de la révision constitutionnelle de 1993.

belge, 28 décembre 2006) a déjà apporté plusieurs modifications à la loi du 15 septembre 2006.

I.- Les principes de la Constitution originelle et leur développement

A.- La Constitution et l'administration avant la création du Conseil d'Etat

- 1.- Droits civils et droits politiques, clés de la compétence
- 2.- Importance des droits civils et des contentieux administratifs confiés au juge judiciaire
- 3.- L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité des actes administratifs

B.- La création du Conseil d'Etat en 1946

- 4.- Une compétence principale : l'annulation des actes administratifs illégaux
- 5.- Autres compétences du Conseil d'Etat
- 6.- L'article 160 et la reconnaissance constitutionnelle
- 7.- L'article 158 de la Constitution relatif aux conflits d'attributions

II.- Perspective dynamique des rapports entre le Conseil d'Etat et le juge judiciaire : subsidiarité et concurrence

A.- Conseil d'Etat et objet véritable du recours

- 8.- Comment déterminer l'objet véritable et direct d'un recours ?
- 9.- Première illustration : le recours dirigé contre l'acte refusant la délivrance d'un permis
- 10.- Deuxième illustration : le recours dirigé contre l'acte refusant une subvention
- 11.- Pouvoir discrétionnaire et compétence liée

B.- Le parallélisme et la concurrence

- 12. La détermination de l'objet véritable d'un recours est parfois relative
- 13.- Stratégie et rédaction de la requête
- 14.- Illustration dans le contentieux des étrangers
- 15.- Illustration dans le contentieux des examens scolaires
- 16.- Illustration dans le droit de l'urbanisme
- 17.- Sommaire comparaison des référés judiciaire et administratif

Conclusions sur la dualité juridictionnelle belge